

Les Cahiers de droit



Les compétences qui devraient être confiées aux provinces par suite de l'adoption de la Charte canadienne des droits

Guy Tremblay et André Grenier

Volume 32, numéro 3, 1991

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043102ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043102ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Tremblay, G. & Grenier, A. (1991). Les compétences qui devraient être confiées aux provinces par suite de l'adoption de la Charte canadienne des droits. *Les Cahiers de droit*, 32(3), 811–835. <https://doi.org/10.7202/043102ar>

Résumé de l'article

Étant donné que les droits et libertés fondamentaux sont désormais enchâssés dans la Constitution canadienne, on devrait envisager de remettre aux provinces les pouvoirs qui avaient été confiés au gouvernement central en raison de préoccupations liées à ces droits et libertés. Pareille hypothèse de réforme conviendrait particulièrement bien dans le cas des compétences portant sur le droit criminel, la procédure criminelle, les pénitenciers, le mariage et le divorce. L'exemple américain, dont le Canada s'inspire par ailleurs, accrédite cette problématique. Une telle réforme rééquilibrerait quelque peu le fédéralisme canadien, qui dérive vers la centralisation. Et pour les matières ainsi décentralisées, le contentieux constitutionnel actuel, largement artificiel, serait remplacé par une considération de la validité des mesures provinciales par application directe de la Charte canadienne.

Les compétences qui devraient être confiées aux provinces par suite de l'adoption de la Charte canadienne des droits

Guy TREMBLAY*

André GRENIER**

Étant donné que les droits et libertés fondamentaux sont désormais enchâssés dans la Constitution canadienne, on devrait envisager de remettre aux provinces les pouvoirs qui avaient été confiés au gouvernement central en raison de préoccupations liées à ces droits et libertés. Pareille hypothèse de réforme conviendrait particulièrement bien dans le cas des compétences portant sur le droit criminel, la procédure criminelle, les pénitenciers, le mariage et le divorce. L'exemple américain, dont le Canada s'inspire par ailleurs, accrédite cette problématique. Une telle réforme rééquilibrerait quelque peu le fédéralisme canadien, qui dérive vers la centralisation. Et pour les matières ainsi décentralisées, le contentieux constitutionnel actuel, largement artificiel, serait remplacé par une considération de la validité des mesures provinciales par application directe de la Charte canadienne.

Since fundamental rights and freedoms are now enshrined in the Canadian Constitution, the powers which have been given to the federal government in order to secure such rights and freedoms could be remitted to the provinces. A constitutional reform of that kind should be considered in the fields of criminal law, criminal procedure, penitentiaries, marriage and divorce. Canada imitates certain facets of the American Constitution, and it should do so as well in those fields. Such a reform would give Canada a more balanced federal system, and would compensate somewhat for the

* Professeur, Faculté de droit, Université Laval.

** LL.B., dipl. Sc. Pol., étudiant à la maîtrise en science politique.

current centralizing trends. At the same time, constitutional review of provincial legislation in the fields in question would focus directly on the Canadian Charter, rather than on an artificial guarantee of rights through a distribution of powers approach.

	<i>Pages</i>
1. L'impact de la Charte canadienne sur l'équilibre fédératif au Canada	814
2. Le droit criminel, la procédure en matière criminelle et les pénitenciers	818
2.1. Les intentions des Pères de la Confédération	818
2.2. La théorie de la déclaration des droits implicite	820
2.3. Les mesures provinciales crypto-criminelles	821
2.4. Les garanties conférées par la Charte	823
2.5. L'exemple américain	824
3. Le mariage et le divorce	827
3.1. Les intentions des Pères de la Confédération	828
3.1.1. Quant au mariage	828
3.1.2. Quant au divorce	829
3.2. Le contexte contemporain	832
4. Les cas où la Charte canadienne est inapplicable	833
Conclusion	834

Le partage des compétences législatives, opéré entre le fédéral et les provinces en 1867, a été fort peu modifié depuis. Cependant un grand nombre de facteurs se sont mis à jouer qui ont contribué et continuent de contribuer à la centralisation des pouvoirs au Canada.

Sur le plan des amendements formels d'abord, seul le fédéral a pu jouir d'un transfert net de pouvoirs depuis 1867 : après que le Conseil privé eut jugé que l'assurance-chômage relevait des provinces¹, ce titre de compétence fut ajouté à la liste fédérale². Les autres compétences ajoutées par amendement constitutionnel au profit du fédéral ou des provinces n'opéraient pas une soustraction correspondante au détriment de l'ordre du gouvernement concurrent³.

1. *A.G. Canada c. A.G. Ontario*, (1937) A.C. 355.

2. *Loi constitutionnelle de 1940*, L.R.C. 1985, app. II, n° 28.

3. Soit parce qu'on accroissait les pouvoirs fédéraux à partir du résidu qui avait été laissé entre les mains de Londres : *Acte de la Terre de Rupert*, 1868, L.R.C. 1985, app. II, n° 6 ; *Loi constitutionnelle de 1871*, L.R.C. 1985, app. II, n° 11 ; *Loi constitutionnelle de 1886*,

De manière plus significative, divers mécanismes inhérents au partage des compétences, tel qu'interprété traditionnellement, tendent à favoriser la centralisation. D'abord, par son pouvoir déclaratoire et par son pouvoir d'urgence, le Parlement fédéral peut envahir unilatéralement plusieurs domaines de compétence provinciale⁴. Aussi, le principe de la prépondérance des lois fédérales prend de l'importance maintenant que la Cour suprême se démarque de l'approche des « compartiments étanches » que le Conseil privé privilégiait et qu'elle adopte ouvertement une philosophie favorisant les chevauchements de compétence⁵. Qui plus est, de tels chevauchements peuvent résulter, depuis une vingtaine d'années, du fait que le fédéral peut envahir accessoirement les domaines provinciaux même si ce n'est pas « nécessaire » à la réalisation des politiques qui relèvent de ses compétences, pourvu que son action soit simplement « liée fonctionnellement » à de telles politiques⁶. Et paradoxalement, malgré la protection que confère au fédéral la prépondérance de ses lois, la jurisprudence raffermi les critères pour refuser l'application des lois provinciales valides aux affaires qui intéressent le fédéral⁷ et elle permet aux lois fédérales de lier les gouvernements provinciaux sans permettre l'inverse⁸.

Le « pouvoir de dépenser » du fédéral ouvre une autre dimension fortement centralisatrice du partage des compétences. Depuis le début du siècle, le gouvernement d'Ottawa a pu imposer son point de vue dans un grand nombre de secteurs de compétence provinciale, en finançant des

L.R.C. 1985, app. II, n° 15 ; *Statut de Westminster de 1931*, L.R.C. 1985, app. II, n° 27 ; et *Acte de l'Amérique du Nord britannique* (n° 2), 1949, L.R.C. 1985, app. II, n° 33, maintenant remplacé par l'art. 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Soit parce qu'on permettait à un ordre de gouvernement d'exercer des pouvoirs concurrents à ceux que possédait déjà l'autre ordre de gouvernement, tout en confirmant la prépondérance de ce dernier : *Acte de l'Amérique du Nord britannique*, 1951, L.R.C. 1985, app. II, n° 35, et *Loi constitutionnelle de 1964*, L.R.C. 1985, app. II, n° 38, à propos de l'art. 94A de la *Loi constitutionnelle de 1867* ; et *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 50, ajoutant l'art. 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

4. Voir H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1990, p. 392-393 et 484-488.

5. Voir par exemple *Multiple Access Ltd c. McCutcheon*, (1982) 2 R.C.S. 161, et *General Motors of Canada c. City National Leasing*, (1989) 1 R.C.S. 641, p. 669.

6. Voir *General Motors of Canada c. City National Leasing*, *supra*, note 5, p. 670-671, et la jurisprudence y citée ; et H. BRUN et G. TREMBLAY, *supra*, note 4, p. 412-413.

7. Voir par exemple *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, (1988) 1 R.C.S. 749 ; *Banque de Montréal c. Hall*, (1990) 1 R.C.S. 121 ; et *Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux)*, (1990) 2 R.C.S. 838.

8. Voir *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, (1989) 2 R.C.S. 225 ; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, (1990) 2 R.C.S. 85, et H. BRUN et G. TREMBLAY, *supra*, note 4, p. 651-652.

programmes particuliers ou en assortissant de conditions les subventions qu'il offrait. Ce moyen détourné est longtemps resté de constitutionnalité douteuse, mais le gouvernement fédéral, à l'occasion du coup de force de 1982, a fait insérer dans la Constitution une clause d'apparence bénigne qui visait en fait à légitimer son « pouvoir de dépenser »⁹. On se retrouve donc, sur le plan de la pratique constitutionnelle, avec une situation qui permet aux instances fédérales de mettre en œuvre leurs propres politiques dans n'importe quel secteur de compétence officiellement provinciale.

Enfin, la Cour suprême du Canada ne manifeste plus de réticence à transférer au fédéral des compétences provinciales plus que séculaires, sous prétexte d'efficacité étatique¹⁰. En particulier, l'actualisation de la théorie voulant que des matières à l'origine locales puissent devenir d'intérêt pan-canadien¹¹ équivaut à amender par voie judiciaire le partage des compétences opéré en 1867.

La conjugaison de ces divers facteurs conduit résolument vers une centralisation aveugle des pouvoirs au Canada. Mais ce qu'il y a de pire, c'est qu'aucun facteur comparable n'opère par compensation, même partielle. Pour des raisons politiques et transitoires, un gouvernement fédéral peut bien faire preuve de retenue et laisser jouer une bonne part d'autonomie provinciale ; mais une telle autonomie n'est plus vraiment garantie par la Constitution à long terme. Le seul moyen dont disposent les provinces pour rééquilibrer un peu le partage des compétences consiste à réclamer de nouveaux pouvoirs par voie d'amendements constitutionnels.

Une des justifications qui peuvent tendre vers cette voie se trouve dans l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* insérée dans la Constitution en 1982.

1. L'impact de la Charte canadienne sur l'équilibre fédératif au Canada

Aux termes de son article 32, la *Charte canadienne des droits et libertés* restreint également les pouvoirs du Parlement fédéral et ceux des législatures provinciales. Officiellement tout au moins, la Charte n'a pas

9. Art. 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra*, note 3. Dans *Winterhaven Stables Ltd c. A.G. Canada*, (1988) 53 D.L.R. (4th) 413 (C.A. Alb.), cet article a aidé la cour à prononcer la constitutionnalité des principales lois fédérales autorisant des subventions conditionnelles dans des domaines provinciaux. Voir aussi *Brown c. YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc.*, (1989) 1 R.C.S. 1532.

10. Voir les arrêts *General Motors of Canada c. City National Leasing*, *supra*, note 5 ; *Quebec Ready Mix Inc. c. Rocois Construction Inc.*, (1989) 1 R.C.S. 695, et *R. c. Crown Zellerback Canada Ltd*, (1988) 1 R.C.S. 401, et la critique qui en est faite dans H. BRUN et G. TREMBLAY, *supra*, note 4, p. 453-455 et 489-494.

11. *R. c. Crown Zellerback Canada Ltd*, *supra*, note 10, p. 431-432.

opéré de transferts de pouvoirs au profit du fédéral, mais elle a opéré un transfert de pouvoirs — fédéraux et provinciaux — au profit des tribunaux. Comme c'est le gouvernement fédéral qui nomme tous les juges des cours supérieures au Canada, l'édiction de la Charte canadienne n'aide pas à freiner la dynamique centralisatrice sous-jacente.

Au surplus, une aggravation de cette dynamique s'est réalisée sur un plan substantif¹². Depuis 1982, toutes les politiques fédérales et provinciales doivent se conformer aux critères uniformes posés par la Charte. Et celle-ci couvre un terrain extraordinairement vaste, sur lequel nombre de mesures législatives ont pu être attaquées ces huit dernières années. L'homogénéisation sociale qui résulte de ce vaste travail entrave certes le développement de sociétés distinctes dans le fédéralisme canadien.

Pourtant, la valeur essentielle véhiculée par la Charte canadienne est celle du respect de la diversité, celle de la tolérance, celle de la promotion des différences. L'intérêt de protéger les libertés fondamentales provient du fait que tous n'ont pas les mêmes opinions et n'adhèrent pas aux mêmes religions. L'égalité qui est prescrite par la Charte, c'est l'absence de discrimination axée sur des caractéristiques cruciales qui marquent les principales différences au sein de la société. Les droits démocratiques et les garanties juridiques s'expliquent de la même façon : la dignité inhérente à l'être humain justifie de les traiter tous également, indépendamment de

12. « En effet, même si la Charte limite en principe les pouvoirs fédéraux au même titre que ceux des provinces, ses effets restrictifs se feront sentir en pratique davantage dans le champ des compétences provinciales. Ceci s'explique par la nature respective des compétences fédérales et provinciales et par le fait que la mise en œuvre de la Charte se fait à l'échelle du Canada, par le biais d'une hiérarchie judiciaire extrêmement centralisée, qui utilise une approche « nationale » uniforme pour interpréter les standards constitutionnels » ; « l'expérience américaine démontre de façon très claire que le contrôle judiciaire fondé sur une Charte constitutionnelle entraîne inévitablement des effets centralisateurs » : J. WOEHRLING, « La clause nonobstant. Deux défauts majeurs qui peuvent être corrigés », *Le Devoir*, 27 octobre 1988, p. 9. Pour des conclusions plus nuancées, mais limitées au principe d'égalité, voir aussi, du même auteur, « Le principe d'égalité, le système fédéral canadien et le caractère distinct du Québec », à paraître dans *Travaux du Colloque Québec-Communauté française de Belgique*, Faculté de Droit, Université de Sherbrooke, 22 mars 1991. « The Charter, by underlining our rights as Canadians, strengthens the national community against provincial communities. [...] Every successful invocation of the Charter, even against the federal government itself, contributes to a sense of Canadianism. In the long run this can only strengthen the central government against the provinces » : A.C. CAIRNS, « Commentaries : An Overview of the Trudeau Constitutional Proposals », (1981) 19 *Alta. L.R.* 401, p. 404. Voir aussi G. ABERNATHY, « Should the United Kingdom Adopt a Bill of Rights ? », (1983) 31 *Am. J. Comp. L.* 431, p. 459-460 ; et surtout P.H. RUSSELL, « The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms », (1983) 61 *R. du B. Can.* 30.

leur situation particulière, et appelle le maintien d'un système politique où chacun puisse continuer de participer.

Or, la Charte canadienne ne fait pas que la promotion des différences individuelles. Elle déborde souvent dans le champ des droits collectifs : diverses dispositions protègent les minorités de langue officielle, les peuples autochtones, le patrimoine multiculturel des Canadiens et les groupes qui jouissent traditionnellement d'écoles confessionnelles¹³.

Il est intéressant de noter que cet éloge constitutionnel de la différence, aux plans individuel et collectif, s'inscrit dans un courant d'aplanissement des différences dans la vie fédérative. L'esprit de la Charte devrait plutôt faire en sorte que, sur le plan fédératif, les courants centralisateurs soient compensés par des courants décentralisateurs qui continuent de permettre l'éclosion de sociétés distinctes à l'intérieur du pays.

La meilleure solution à long terme consisterait à abolir les facteurs dont nous avons fait état en introduction et qui poussent résolument vers une centralisation des pouvoirs au Canada. Pour y parvenir, plusieurs amendements constitutionnels seraient nécessaires, mais un retour au fédéralisme statique du Comité judiciaire du Conseil privé, avec ses « compartiments étanches », n'est probablement plus acceptable au Canada anglais. C'est dire que la correction du dérapage centralisateur qui résulte de la pratique d'un fédéralisme plus fonctionnel doit se faire par la remise aux provinces des pouvoirs qui n'ont plus à se retrouver dans la liste du fédéral.

La consultation des constitutions de divers autres États fédératifs révélerait que plusieurs matières qui relèvent actuellement du gouvernement central canadien pourraient avantageusement être transférées aux provinces à titre de compensation de la dynamique centralisatrice. Cependant, une autre approche peut aussi nous servir à repérer de telles matières et elle se rapporte justement à l'édiction de la Charte canadienne de 1982.

Si on peut identifier, dans la liste des pouvoirs fédéraux, des matières qui, en 1867, furent confiées au gouvernement central en raison d'une préoccupation portant sur les droits et libertés, il serait normal de conclure qu'aujourd'hui de telles matières devraient être remises aux provinces, dans la mesure où la Charte constitutionnelle protège adéquatement les droits et libertés en question.

Les motivations des Pères de la Confédération quant au partage des compétences sont souvent restées inexprimées, parce que ce chapitre de la Constitution ne leur a pas posé de difficultés graves. On sait toutefois que

13. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de l'annexe B ; *Loi Constitutionnelle de 1982*, L.R.C. 1985, app. II, n° 44, art. 16 à 23, 25, 27 et 29.

les « causes de la Confédération », notamment la crainte des États-Unis, ont aussi été les causes de la création d'un pouvoir central fort¹⁴. En même temps, l'exemple américain a servi de repoussoir à certains égards : il explique que la compétence résiduaire chez nous ait été confiée au fédéral¹⁵, de même que les pouvoirs jugés les plus importants pour le développement de l'unité canadienne¹⁶. Plus globalement, on sait que le partage des compétences de 1867 fut établi sur la base de la pratique politique et législative qui s'était manifestée pendant le régime du Canada-Uni¹⁷.

Il n'en reste pas moins que dans ce portrait général, la volonté de protéger les droits et libertés a joué un rôle certain. Et ici également, le Canada paraît avoir pris le contre-pied des États-Unis où la liste des pouvoirs fédéraux fut restreinte afin d'assurer une meilleure protection des libertés fondamentales :

The limited nature of federal authority reflected not only the conviction that local government was more likely to deal knowledgeably with local problems but also the fear that a strong central government would be dangerous to liberty. If the government of a single state falls into bad hands, one can move elsewhere ; if the government of the whole nation is oppressive, there is no place to run¹⁸.

Au Canada, l'attitude inverse a prévalu. Il ressort des débats préconfédératifs que les différences de race et de religion entre les deux principales composantes de la population de l'époque ont été cruciales dans le choix du régime : ces différences rendaient illusoire une union politique intégrale, mais en même temps, aux yeux des acteurs politiques dominants de l'époque, elles justifiaient l'accroissement de la liste des pouvoirs fédéraux. L'idée que le gouvernement central serait le défenseur naturel des droits fondamentaux transparaît bien dans le mécanisme établi par l'article 93 de la Loi de 1867 au bénéfice des minorités religieuses en

14. Voir W.M. WHITELAW, *La Conférence de Québec*, Ottawa, Société historique du Canada, 1967, p. 11.

15. *Id.*, p. 17.

16. M.L. FRIEDLAND, *A Century of Criminal Justice. Perspectives on the Development of Canadian Law*, Toronto, Carswell, 1984, p. 48 ; à l'époque des conférences préparatoires à la Confédération canadienne, les États-Unis vivaient les derniers moments de la guerre civile.

17. J.-C. BONENFANT, « Les Pères de la Confédération et la répartition des compétences en matière de droit », (1967) 2 *R.J.T.* 31 : « les Pères de la Confédération ont profité de l'expérience du Canada-Uni qui, bien que théoriquement soumis à une structure politique et administrative unitaire en vertu de l'Union de 1840, s'était transformé en une fédération officieuse. En général, on confia au parlement central les domaines qui avaient été vraiment communs au Haut-Canada et au Bas-Canada et, au législatures provinciales, ceux pour lesquels la séparation s'était manifestée dans la législation et l'administration ».

18. D.P. CURRIE, *The Constitution of the United States. A Primer for the People*, Chicago, University of Chicago Press, 1988, p. 25.

matière d'éducation¹⁹. Plus généralement, dès la conférence de Québec à l'automne 1864, John A. Macdonald déclara :

Thus we shall have a strong and lasting government under which we can work out constitutional liberty as opposed to democracy, and be able to protect the minority by having a powerful central government. Great caution, however is necessary. The people of every section must feel that they are protected, and by no overstraining of central authority should such guarantees be overridden²⁰.

Mais quels sont les pouvoirs fédéraux précis pour lesquels une telle motivation a joué ? C'est ce que nous allons examiner dans les développements qui suivent.

2. Le droit criminel, la procédure en matière criminelle et les pénitenciers

La compétence fédérale en matière criminelle est celle qui vient d'abord à l'esprit lorsqu'on cherche à actualiser la préoccupation générale des pères de la Confédération quant aux droits et libertés. De fait, par diverses avenues historiques et jurisprudentielles, on peut accréditer l'idée que les matières liées au droit criminel ont été centralisées en bonne partie pour des raisons de cette nature.

2.1. Les intentions des Pères de la Confédération

Aux yeux de John A. Macdonald, l'uniformité de la législation criminelle à travers le pays allait permettre d'éviter l'un des grands vices de la Constitution américaine : elle devait assurer la protection, partout et également, de la vie et de la propriété des individus, tout en permettant à chacun de connaître ses droits et les châtiments auxquels il s'expose s'il enfreint la loi²¹. L'opinion du député libéral-conservateur Joseph Cauchon allait dans le même sens et elle faisait ressortir que le droit criminel d'origine britannique offrait une plus grande protection pour l'individu que les lois criminelles françaises ; selon Jean-Charles Bonenfant, l'opinion de Cauchon à cet égard traduisait bien les sentiments des Canadiens français

19. Voir J.-C. BONENFANT, « Les craintes de la minorité anglo-protestante du Québec (1864 à 1867) », (1971) *Cahier des Dix* 55.

20. Discours prononcé à la conférence de Québec le 11 octobre 1864, tel que rapporté dans les notes personnelles du secrétaire exécutif de la conférence, Hewitt Bernard : G.P. BROWNE, *Documents on the Confederation of the British North America*, Toronto, McClelland and Stewart, 1969, p. 95.

21. *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique britannique du nord*, 3^e session, 8^e parlement, Québec, Hunter, Rose et Lemieux, imprimeurs parlementaires, 1865, p. 41. Voir aussi J.C. Bonenfant, *supra*, note 17, p. 31-32. « Il y a tout au plus, dans les débats préparatoires à la Confédération, des observations générales sur le droit criminel et la procédure en matière criminelle » : P.G. Canada c. *Transports Nationaux du Canada Ltée*, (1983) 2 R.C.S. 206, p. 226.

de l'époque²². Quelque chose de plus que la construction de l'unité canadienne²³ et que l'expérience politique du Canada-Uni²⁴ jouait donc ici.

Certes, ce n'est pas parce que les provinces se seraient vues conférer la compétence en matière criminelle que le Québec aurait nécessairement adopté en ce domaine un système à la française. Mais une telle possibilité était présente à l'esprit des Pères de la Confédération et de la population canadienne.

On sait que peu après la Conquête de 1760, c'est le droit criminel britannique qui s'était appliqué au Québec et au Canada. Et l'*Acte de Québec de 1774*, que Londres avait adopté pour amadouer les Canadiens français à l'aube de la Révolution américaine, assurait le maintien du droit civil français et le libre exercice de la religion catholique, mais prescrivait l'application du droit criminel britannique : son article 11 faisait l'apologie de la « clarté » et de la « douceur » des lois criminelles anglaises²⁵ et il visait expressément tant la procédure que le droit substantif.

Le droit criminel français qui s'était appliqué au Canada avant la Conquête était assez barbare. On le retrouve consigné dans l'Ordonnance criminelle de 1670 — simple codification du droit antérieur — que des textes plus spécifiques venaient compléter. Peu de garanties procédurales étaient données aux suspects. Plusieurs crimes essentiellement religieux étaient prévus. Des crimes fort divers étaient passibles de mort et la « question » dans ces cas était permise comme mode d'enquête. D'autres peines cruelles étaient prévues, comme les galères et la torture expiatoire. L'application de ce droit n'avait pu que marquer les esprits pour longtemps²⁶.

L'image qu'on avait encore au milieu du 19^e siècle du droit criminel anglais ne pouvait être que meilleure que celle du droit criminel français — d'autant plus que les lois que l'Angleterre avait passées pour s'attaquer aux catholiques et aux dissidents ne se sont pas appliquées aux colonies²⁷. Il reste que la supériorité du système criminel britannique à l'époque de la Conquête, du point de vue de la protection des droits fondamentaux, soulève peu de doutes.

22. *Débats parlementaires*, *id.*, p. 582 et J.C. BONENFANT, *id.* Cauchon se disait quand même admirateur des lois civiles, du « génie administratif et de la puissance civilisatrice » de la France.

23. M.L. FRIEDLAND, *supra*, note 16.

24. Quatre lois importantes réformant le droit criminel avaient été adoptées dès le début du régime du Canada-Uni : 4-5 Vict., c. 24, 25, 26 et 27.

25. *Acte de Québec de 1774*, L.R.C. 1985, app. II, n° 2.

26. D'une manière générale, voir A. LACHANCE, *Le bourreau au Canada sous le Régime français*, Québec, Société historique, 1966 « Cahier d'histoire », 18.

27. D.K. FIELDHOUSE, *Les empires coloniaux à partir du XVIII^e siècle*. Paris et Montréal, Bordas, 1973, p. 67.

D'une manière plus générale, la volonté des Pères de la Confédération de centraliser la compétence en matière criminelle reflète une méfiance à l'égard de la capacité des provinces de respecter les droits des individus dans ce secteur névralgique. D'une certaine manière, pareille méfiance a été accréditée par diverses mesures législatives provinciales que les tribunaux ont dû invalider par la suite. Cette jurisprudence est axée elle aussi sur l'idée de protéger les droits fondamentaux par le biais du droit criminel.

2.2. La théorie de la déclaration des droits implicite

La *loi constitutionnelle de 1867* ne contenait pas de charte des droits fondamentaux, mais son préambule indiquait que le Canada était établi « avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni ». Divers juges de la Cour suprême ont donné à cette référence générale une portée substantive qui équivalait à voir une déclaration des droits implicitement contenue dans la Loi de 1867. Cette attitude s'est manifestée dans des causes où était contestée la validité de mesures provinciales dictatoriales : une loi du gouvernement créditiste albertain mettant la presse à son service, un règlement municipal défendant de distribuer des pamphlets dans les rues sans la permission du chef de police, et la « loi du cadenas » de Duplessis visant la « propagande communiste »²⁸.

Il reste que dans ces causes, la Cour suprême est officiellement parvenue à ses conclusions sur des bases beaucoup plus classiques. Elle a mis de côté les législations qui y étaient attaquées pour le motif principal qu'elles s'ingéraient dans les compétences fédérales, y compris la compétence portant sur le droit criminel. Dans cette dernière mesure, le droit et la procédure criminels dans le partage des pouvoirs ont suppléé à l'absence de charte des droits ; ils pouvaient jouer, aux yeux de la jurisprudence, un rôle comparable à celui qu'aurait pu jouer une charte de droits explicite.

Toutefois, un juge de la Cour suprême est allé jusqu'à dire que même le Parlement fédéral ne pourrait pas saper les fondements de la démocratie que protège la déclaration des droits implicite²⁹. Même si ce *dictum* semble avoir dépassé sa pensée³⁰, il fut ressuscité récemment par la Cour suprême d'une manière qui laisse croire que l'adoption de la Charte canadienne en 1982 n'empêche pas le maintien de la protection générale que constitue la déclaration des droits implicite³¹.

28. *Avis sur la législation albertaine*, (1938) R.C.S. 100 ; *Saumur c. City of Quebec* (1953) 2 R.C.S. 299 ; *Switzman c. ELBLING*, (1957) R.C.S. 285.

29. *Switzman c. Elbling*, *id.*, p. 328 (J. Abbott).

30. Voir H. BRUN et G. TREMBLAY, note 4, p. 582.

31. *SEFPO c. Ontario (procureur général)*, (1987) 2 R.C.S. 2, p. 57.

Somme toute, les tribunaux ont créé la théorie de la déclaration des droits implicite dans le contexte de l'examen de mesures fort répressives et ont indiqué leur volonté de maintenir et d'étendre ce type de protection. Il est clair qu'une remise aux provinces de la compétence en matière criminelle ne pourrait pas permettre à ces dernières de porter atteinte aux droits fondamentaux ainsi protégés par interprétation générale de la Constitution.

2.3. Les mesures provinciales crypto-criminelles

La compétence relative au droit criminel sert autant à attaquer des mesures provinciales qu'à défendre des mesures fédérales. Cette tendance, qui s'est développée bien avant l'édiction de la Charte de 1982, illustre l'importance qu'ont les droits et libertés dans l'idée de réserver au fédéral le contrôle du droit criminel. On peut regrouper sur quatre axes les prohibitions faites aux provinces en raison de l'exclusivité fédérale en matière criminelle.

Un premier axe a trait à la liberté de religion. De ce point de vue, les provinces ont été empêchées de légiférer sur le dimanche³² ou sur les congés les jours de fêtes catholiques³³. La qualification de telles mesures s'explique par le fait que la profanation du sabbat avait historiquement été considérée comme un crime³⁴. Même s'il est symptomatique, ce volet de l'incompétence provinciale a perdu de l'importance : d'une part, les provinces peuvent régir la fermeture des commerces (même les dimanches ou autres jours de fête religieuse) pourvu qu'elles poursuivent des objectifs laïcs³⁵ ; d'autre part, des lois provinciales non répressives peuvent régir les affaires religieuses³⁶.

Une second axe porte sur les questions de moralité publique. Innombrables sont les mesures provinciales et municipales à ce sujet dont la constitutionnalité reste fragile. Pourtant, dans la célèbre affaire du *Dernier tango à Paris*, la Cour suprême avait validé la législation de la Nouvelle-Écosse sur la censure des films en distinguant la moralité, dont les provinces peuvent s'occuper, et la criminalité, qui relève exclusivement du fédéral³⁷. Cependant, ce jugement n'avait jamais vraiment clos le débat. Il faut dire qu'il avait été rendu à l'arraché, par cinq voix contre quatre, et que

32. *A.-G. Ontario c. Hamilton Street Ry. Co.*, (1903) A.C. 524.

33. *Henry Birks and Sons (Montreal) Ltd c. City of Montreal*, (1955) R.C.S. 799.

34. *R. c. Edwards Books and Art Ltd*, (1986) 2 R.C.S. 713, p. 750.

35. *Lieberman c. La reine*, (1963) R.C.S. 643 ; *R. c. Big M. Drug Mart Ltd*, (1985) 1 R.C.S. 295, p. 355 ; *R. c. Edwards Books and Art Ltd*, *supra*, note 34, p. 737s.

36. Voir *R. c. Edwards Books and Art Ltd*, *supra*, note 34, p. 750-751, la Cour étant unanime sur cette partie des motifs du juge en chef.

37. *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, (1978) 2 R.C.S. 662.

même la majorité y avait déclaré inconstitutionnelle une infraction sur l'indécence contenue dans la législation néo-écossaise, parce qu'elle faisait double emploi avec une disposition du Code criminel³⁸. Toujours est-il que l'attaque constitutionnelle des mesures provinciales inspirées de préoccupations morales reste une industrie florissante au Canada³⁹.

En troisième lieu, on peut regrouper les affaires qui mettent en cause des législations provinciales sur l'ordre public. La décision maîtresse à cet égard est certes celle qui a validé le règlement anti-manifestation de la ville de Montréal⁴⁰. Elle aussi contient une forte dissidence, qui s'attaque à ce « mini-code criminel » ; et il est plausible de croire que le moindre changement dans le texte du règlement pourrait remettre en cause la validité de l'ensemble.

Enfin, sur un quatrième axe, on retrouve la grande problématique de l'administration par les provinces de la justice criminelle. Le partage des compétences à ce chapitre n'est pas des plus limpides. Souvent, la validité de l'intervention provinciale a été reconnue⁴¹, mais diverses causes invalident des mesures provinciales parce qu'elles envahissent le secteur du droit criminel substantif ou procédural. Cette jurisprudence défensive est même allée jusqu'à nier toute compétence provinciale en matière d'administration de la justice criminelle⁴². Dans le cours plus normal des choses, les mesures provinciales de nature trop policière sont susceptibles d'inconstitutionnalité par le biais d'une qualification particulière, dans le cadre de la recherche de leur caractère véritable, ou par l'extension inopinée du concept de droit criminel ou de procédure criminelle⁴³.

La notion de « droit criminel » aux fins du partage des compétences n'a jamais fait l'objet d'une définition jurisprudentielle satisfaisante⁴⁴. Le clair-

38. *Id.*, p. 698-699. Cet aspect du jugement n'est pas lui-même dépourvu d'ambiguïté : voir H. BRUN et G. TREMBLAY, *supra*, note 4, p. 415.

39. Voir les exemples donnés dans H. BRUN et G. TREMBLAY, *id.*, p. 440-442.

40. *P.G. Canada et Dupont c. Ville de Montréal*, (1978) 2 R.C.S. 770. Voir aussi *Montréal c. Arcade Amusements Inc.*, (1985) 1 R.C.S. 368, p. 421 ; *Schneider c. La reine*, (1982) 2 R.C.S. 112, p. 132-134 ; et *Johnson c. A.G. Alberta* (1954) R.C.S. 127.

41. Voir H. BRUN et G. TREMBLAY, *supra*, note 4, p. 443-448.

42. Sauf en ce qui regarde le maintien de tribunaux : affaire *P.-G. Canada c. Transports Nationaux du Canada Ltée*, *supra*, note 21, et *R. c. Wetmore*, (1983) 2 R.C.S. 284.

43. Voir *Starr c. Houlden*, (1990) 1 R.C.S. 1366 (enquête provinciale sur des crimes spécifiques déclarée invalide) ; *Scowby c. Glendinning*, (1986) 2 R.C.S. 226 (invalidité des critères d'arrestation et de détention à des fins criminelles établis dans une charte des droits provinciale) ; *Bisaillon c. Keable*, (1983) 2 R.C.S. 60 (secret de l'identité des indicateurs de police mis hors de portée des provinces).

44. L'exemple le plus récent de cette réalité se trouve dans *Knox Contracting Ltd c. Canada*, (1990) 2 R.C.S. 338 : une surprenante qualification criminelle des dispositions de la Loi fédérale sur l'impôt visant à réprimer la fraude fiscale se fonde laconiquement sur deux *dicta* généraux (p. 348).

obscur ainsi entretenu rend d'autant plus vulnérables les interventions provinciales dans les secteurs que nous avons évoqués. Les facettes de cette jurisprudence défensive liée à la justice criminelle rejoignent des problèmes de droits et libertés fondamentaux. Mais la dialectique véhiculée dans ce contentieux constitutionnel est pour le moins tordue. Elle pourrait être avantageusement remplacée par une application directe du raisonnement imposé par la Charte canadienne de 1982⁴⁵. Un amendement constitutionnel donnant aux provinces une pleine compétence en matière criminelle relèguerait aux oubliettes une jurisprudence artificielle tout en contribuant à rééquilibrer un peu le fédéralisme au Canada. Reste à voir si la protection conférée par la Charte est suffisante pour légitimer cette avenue.

2.4. Les garanties conférées par la Charte

C'est vraisemblablement dans le secteur du droit criminel que la *Charte canadienne des droits et libertés* connaît son impact le plus lourd. En fait, les garanties que la Charte confère à cet égard sont tellement nombreuses et ramifiées qu'il serait oiseux de tenter de les énumérer ici. On peut tout de même constater qu'elles rejoignent deux vastes dimensions complémentaires : les principes mêmes du droit criminel et la substance des infractions qu'il génère.

Ainsi, le droit criminel a vu pratiquement tous ses principes fondamentaux être enchâssés dans la Charte en 1982. En particulier, les articles 7 à 14 et le paragraphe 24(2) de la Charte constituent un « mini-code de procédure criminelle » idéalisé. Le processus répressif est balisé au complet, des fouilles, perquisitions et saisies jusqu'aux peines, en passant par l'arrestation, la détention et le procès. La force de la protection est accrue par la complémentarité de droits spécifiques et de droits généraux : le droit de ne pas être contraint de témoigner contre soi-même côtoie des protections contre les actions « abusives » ou « arbitraires ». On imagine mal comment un tribunal peut être empêché de trouver dans cet ensemble les moyens d'invalider quelque mesure oppressive que ce soit.

Qui plus est, les droits de la Charte qui ne sont pas spécifiquement libellés en termes de droit pénal peuvent venir renforcer des principes du droit criminel même. C'est ce qui résulte de la décision de la Cour suprême dans *R. c. Hebert* : il y fut jugé que les « principes de justice fondamentale »

45. Dans *Starr c. Houlden*, *supra*, note 43, la juge l'Heureux-Dubé est dissidente sur la question du partage des compétences et elle est effectivement amenée à examiner l'intervention provinciale sous l'angle même de la Charte canadienne ; elle fait notamment ressortir que la Charte s'applique aux enquêtes (p. 1439 et 1442).

garantis par l'article 7 de la Charte comprennent le droit d'un détenu de garder le silence et élargissent la portée de la règle des confessions qui prévalait en droit criminel jusqu'en 1982⁴⁶. En d'autres termes, la Charte canadienne a non seulement enchâssé les principes fondamentaux du droit criminel ; elle les a élargis par la même occasion.

Dans une seconde dimension, la Charte canadienne protège les personnes contre la substance même des crimes créés par l'État. À cet égard, les articles 2, 7 et 15 de la Charte ouvrent de vastes possibilités. D'une part, les crimes ne peuvent être édictés *dans le but* de porter atteinte à un droit quelconque de la Charte⁴⁷. D'autre part, les crimes ne peuvent avoir un tel *effet* que s'ils satisfont aux critères de raisonabilité assez exigeants dégagés dans l'arrêt *Oakes*⁴⁸. La décision de la Cour suprême dans l'affaire *Morgentaler*, où fût déclarée inconstitutionnelle la criminalisation de l'avortement dans le Code fédéral de l'époque⁴⁹, illustre bien la portée potentielle du contrôle de substance que permet la Charte. Nombre de dispositions du Code criminel ont d'ores et déjà été testées en vertu des paramètres de la Charte⁵⁰.

Somme toute, une remise aux provinces de l'entière compétence relativement au droit criminel et à la procédure criminelle ne peut pas conduire au moindre abus qui soit à l'abri d'attaque efficace sous le régime de la Charte canadienne. Nous considérons plus loin, dans un développement propre, le problème du droit de dérogation établi à l'article 33.

2.5. L'exemple américain

Dans la république américaine, ce sont les États qui adoptent la plupart des lois criminelles. Cette compétence criminelle repose sur le fait

46. R. c. *Hebert*, (1990) 2 R.C.S. 151, notamment p. 163-164 et 175.

47. Voir R. c. *Big M Drug Mart*, (1985) 1 R.C.S. 295, p. 353. Dans cette affaire, la Loi fédérale sur l'observance du dimanche, adoptée à titre de loi criminelle, fut jugée inconstitutionnelle parce que contraire à la liberté de religion de la Charte canadienne. Dans *Irwin Toy Ltd c. Québec (procureur général)*, (1989) 1 R.C.S. 927, la Cour suprême paraît donner un « sens singulier » au concept d'objet (ou but), de sorte que le principe mentionné dans le texte resterait valable : H. BRUN et G. TREMBLAY, *supra*, note 4, p. 831-833.

48. R. c. *Oakes*, (1986) 1 R.C.S. 103.

49. R. c. *Morgentaler*, (1988) 1 R.C.S. 30. Voir aussi le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act de la Colombie-Britannique*, (1985) 2 R.C.S. 486, à propos des infractions de responsabilité absolue, et R. c. *Vaillancourt*, (1987) 2 R.C.S. 636, à propos des infractions modifiant l'exigence d'intention coupable.

50. On peut les repérer dans H. BRUN, *Charte des droits de la personne*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1990, Coll. « Alter Ego ».

que la Constitution leur attribue, plutôt qu'au fédéral, les pouvoirs résiduels⁵¹.

Malgré l'homogénéité de la culture américaine dominante, cette situation juridique a favorisé des différences marquées de style et de conception de la vie entre les États. Ces variations résultent d'abord de la décision de criminaliser ou non certains comportements, mais elles résultent aussi de la sévérité relative des peines et de la conception même de la politique répressive :

De nombreux États recourent largement à des peines autres que l'emprisonnement : mise à l'épreuve, amendes, libérations conditionnelles, etc. ... En revanche, d'autres États punissent de prison, en général, les délits même moins graves, tels le larcin et la simple possession de drogues⁵².

Plus de la moitié des États ont maintenu ou rétabli la peine de mort comme sanction de certains crimes graves, un châtiment aboli dans les autres parties du pays. La Cour suprême a jugé cette peine conforme à la Constitution, pour autant que les condamnations respectent certaines procédures appropriées.

Par contre, divers facteurs tendent à l'uniformisation du droit criminel étatique aux États-Unis⁵³. Parmi ces facteurs, le *Bill of Rights* nous intéresse particulièrement. On a même souligné que c'est primordialement le droit criminel que le *Bill of Rights* a eu pour effet d'uniformiser aux États-Unis⁵⁴. Dans les années 1960 et 1970 en particulier, la Cour suprême américaine a défini et imposé différents standards pour le droit criminel substantif et procédural, touchant entre autres aux fouilles, aux saisies et aux règles concernant l'aveu, la double incrimination et la peine capitale. Une partie du XIV^e amendement, prévoyant que les États ne peuvent priver les individus de leur vie, liberté ou propriété sans une procédure équitable (*due process of law*), a été utilisée systématiquement à cette fin⁵⁵.

L'état fédéral, pour sa part, n'est pas complètement absent du champ du droit criminel. En se fondant sur une clause générale lui donnant un

51. Selon les termes du Dixième amendement (1791) : « The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people ».

52. A.E. FARNSWORTH, *Introduction au système juridique des États-Unis*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1986, p. 212.

53. Tendance des petits États à imiter les innovations promulguées dans les grands États ; enseignement conçu pour le droit américain en général ; réalisation d'un Code pénal type au début des années 1960 par l'Institut de droit américain, etc. : A.E. FARNSWORTH, *id.* Voir aussi A. TUNC, *Le droit des États-Unis*, 5^e éd., Paris, P.U.F., 1989, p. 100s.

54. F. CHEVRETTE, « Les trois visages du constitutionnalisme canadien », (1986) 20 *R.J.T.* 505, p. 511.

55. Voir M.L. FRIEDLAND, *supra*, note 16, p. 52.

pouvoir accessoire⁵⁶, le Congrès a pu créer et punir divers crimes⁵⁷. Le droit criminel fédéral a « pour fonction majeure d'assurer l'enquête et la répression nationale des délits intéressant plusieurs États »⁵⁸. Il sanctionne, par exemple, les trafics de drogues graves, certains crimes à caractère économique, les atteintes à la sécurité nationale et l'utilisation frauduleuse du courrier.

En somme, les facteurs d'uniformisation et de centralisation qui prévalent aux États-Unis opèrent sur une dynamique essentiellement décentralisée. L'équilibre qui résulte du travail complémentaire de ces forces devrait être adopté au Canada.

L'exemple américain peut aussi servir pour éviter certains écueils. Il faudrait chercher à éliminer les complications qui s'attachent aux cas où diverses juridictions sont en cause, en particulier lorsqu'un suspect se trouve sur le territoire d'un État autre que celui dont il est censé avoir enfreint la loi. Rien en droit n'empêche de viser et d'atteindre la simplicité pour régler de pareils cas, d'autant plus que le Canada dispose de hiérarchies de tribunaux beaucoup plus intégrées qu'aux États-Unis.

Par ailleurs, il ne serait pas nécessaire d'opérer une décentralisation sauvage qui conduirait à l'édiction rapide de dix codes criminels différents. Chaque province canadienne devrait avoir le pouvoir de rapatrier, en tout ou en partie, la compétence en matière criminelle, le fédéral continuant de jouir de sa compétence entre-temps. De cette manière, toutes les provinces se trouveraient placées sur le même pied — ce qui paraît crucial dans les projets canadiens de réforme constitutionnelle — et, selon toute vraisem-

56. *Constitution des États-Unis*, art. 1, sect. 8, al. 18 : « The Congress shall have power [...] To make all laws which shall be necessary and proper for carrying into execution the foregoing powers, and all other powers vested by the Constitution in the Government of the United States, or in any department or officer thereof ».

57. Une situation comparable existe dans le fédéralisme australien, en vertu de l'art. 51 (39) du *Commonwealth of Australia Constitution Act* : « The Parliament shall, subject to this Constitution, have power to make laws for the peace, order, and good government of the Commonwealth with respect to [...] Matters incidental to the execution of any power vested by this Constitution in the Parliament or in either House, thereof, or in the Government of the Commonwealth, or in the Federal Judicature, or in any department or officer of the Commonwealth ». En Australie donc, le droit criminel est d'abord l'affaire des six États fédérés. Dans trois d'entre eux, la common law britannique forme encore la base du droit criminel, sous réserve de modifications législatives. Les trois autres États, par contre, ont codifié leur droit criminel. Voir L. WALLER et C.R. WILLIAMS, *Criminal Law, Texts and Cases*, 6^e éd., Sydney, Butterworths, 1989, p. 4-5 ; A. WYNES, *Legislative, Executive and Judicial Powers in Australia*, Sydney, The Law Book Co., 1976, p. 130-132 ; et P.H. LANE, *The Australian Federal System with USA Analogues*, Sydney, The Law Book Co., 1972, p. 303-309.

58. A.E. FARNSWORTH, *supra*, note 52, p. 212.

blance, la plupart d'entre elles accepteraient de laisser s'appliquer la majeure partie de la législation fédérale. Mais sur des questions intimement liées à des choix de vie en société — comme l'avortement ou les armes à feu —, des solutions originales pourraient valablement être conçues et appliquées.

Il faut aussi souligner les éléments de simplification que procurerait l'octroi de la compétence criminelle aux provinces. Sur le plan du droit, on l'a vu, le gros contentieux constitutionnel lié au partage des compétences dans ce secteur serait éliminé. Mais sur le plan de la politique en matière criminelle, nous pourrions enfin mettre en œuvre des solutions originales et cohérentes. C'est l'ancien procureur général de l'Ontario, M. Ian Scott, qui soulignait récemment la difficulté d'administrer une justice criminelle dont il ne contrôle aucunement le contenu⁵⁹. Un regroupement des compétences pertinentes au même palier de gouvernement permettrait à la criminologie d'occuper dans la réalité concrète toute la place qui aurait dû lui revenir depuis longtemps. En ce sens, la compétence fédérale quant aux pénitenciers devrait aussi être remise aux provinces⁶⁰.

3. Le mariage et le divorce

Le titre de compétence fédérale portant sur le mariage et le divorce semble lui aussi découler d'une préoccupation liée aux droits et libertés. À prime abord, on remarque que les matières en cause sont intimement associées à des questions religieuses. Plus particulièrement, le mariage est un sacrement pour les catholiques et le divorce est contraire à leur foi. Or, sans l'appui du clergé dans le Bas-Canada, le projet de Confédération ne pouvait réussir⁶¹. Il faut donc voir comment on a pensé aménager la Constitution sur ce plan.

59. I. SCOTT, « Law, Policy and the Role of the Attorney General : Constancy and Change in the 1980 s », (1989) 39 *U. of T.L.J.* 109, p. 116.

60. Par. 91(28) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra*, note 3. Dans les Résolutions de Québec de 1864, le par. 43(9) confiait en exclusivité aux provinces le soin de légiférer sur « l'établissement, l'entretien et l'administration des pénitenciers et des prisons de réforme ». Dans les Résolutions de Londres, la compétence fédérale était devenue ce qu'elle est maintenant.

61. J.S. WILLISON, *Sir Wilfrid Laurier and the Liberal Party*, Toronto, George N. MORANG, 1903, vol. 1, p. 91. Voir aussi L. GROULX, « Les Canadiens français et l'établissement de la Confédération », (1927) 17 *Action française* 282, p. 293-294.

3.1. Les intentions des Pères de la Confédération

3.1.1. Quant au mariage

À la Conférence de Québec, en octobre 1864, la résolution n° 37 confiait au futur Parlement fédéral le pouvoir de légiférer sur le mariage et le divorce. Cette résolution inquiéta plusieurs députés francophones du Bas-Canada : ils se demandaient pourquoi confier au fédéral des questions intimement liées aux matières régies par le Code civil d'origine française.

Lors du débat sur les résolutions de Québec à l'Assemblée législative du Canada-Uni, le solliciteur général du Canada-est, Hector Langevin, voulut apaiser ces craintes. Il affirma, le 21 février 1865, que le mariage avait été inclus dans la liste fédérale uniquement pour donner au Parlement central le pouvoir de décider qu'un mariage validement contracté dans une province canadienne-anglaise serait tout aussi valide dans le Bas-Canada et vice-versa⁶². Suivant Langevin, cette mention ne donnait nullement au fédéral le pouvoir de changer les règles et prescriptions de l'Église à laquelle appartenaient les parties contractantes.

Le premier ministre et député de Montmagny, sir Étienne-Pascal Taché, avait fourni des assurances similaires la veille⁶³.

L'opposition avait des idées fort différentes sur la question. Ainsi, selon le chef du Parti rouge et député d'Hochelaga, Antoine-Aimé Dorion, la mention du mariage dans les titres de compétence fédéraux n'était pas réellement nécessaire pour valider les mariages à travers la Confédération, cette question étant déjà réglée dans tous les pays du monde « civilisé » par les règles du droit international⁶⁴. Selon Dorion, cette mention aurait pour effet de donner au fédéral le pouvoir de changer « les conditions du mariage qui font partie du code civil ». Dorion soulevait aussi la possibilité que cette disposition permettrait éventuellement au fédéral d'autoriser le mariage de mineurs sans le consentement des parents, comme en Grande-Bretagne⁶⁵. Enfin, Dorion soupçonnait que le titre de compétence fédéral avait également pour but de protéger les mariages « mixtes », c'est-à-dire de permettre des mariages entre des parties ne professant pas la même religion⁶⁶.

Pour le député rouge de Bagot, Maurice Laframboise, l'intention des participants à la Conférence de Québec aurait été, entre autres, de donner

62. *Débats parlementaires sur la question de la confédération*, note 21, p. 395.

63. *Id.*, p. 350.

64. *Id.*, p. 693.

65. *Id.*, p. 694.

66. *Id.*, p. 584-585.

au Parlement fédéral (dominé par une majorité protestante) le pouvoir de légaliser le mariage civil partout au pays⁶⁷.

Face à ces critiques de l'opposition et de certains députés gouvernementaux, tel Joseph Cauchon (Montmorency)⁶⁸, les représentants du gouvernement à la Conférence de Londres (1866) firent ajouter à la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils une précision concernant la « célébration du mariage ». Selon John A. Macdonald, ces mots visaient à garantir à la province de Québec qu'aucune loi autorisant le mariage civil ne pourrait être adoptée par le Parlement d'Ottawa⁶⁹. Dans la version finale de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, la célébration devint un titre de compétence distinct⁷⁰.

En somme, le motif officiel invoqué par Langevin et Taché (assurer la reconnaissance du statut des personnes mariées à travers le pays) dépassait vraisemblablement une préoccupation primaire de droit international privé. Compte tenu du fait que le caractère religieux, civil ou mixte du mariage occupait une place centrale dans le débat, ce motif était en même temps lié à une préoccupation de droits et libertés : on visait à protéger les personnes contre d'éventuels refus d'une province de reconnaître chez elle des unions contractées ailleurs, pour des motifs religieux.

Qui plus est, la résolution de 1864 portant sur le mariage avait un caractère général, voire exorbitant. Les représentants canadiens à la Conférence de Québec avaient probablement l'intention de protéger les minorités religieuses contre des lois provinciales sur le mariage trop restrictives. En particulier, ils auraient voulu mettre le droit étatique sur le mariage à l'abri des prescriptions des autorités religieuses.

En 1866, les Pères de la Confédération ont renoncé à une partie de la compétence fédérale, celle qui pouvait viser le mariage civil. Toutefois, leur intention originale demeure pertinente pour la partie de cette compétence qui subsiste.

3.1.2. Quant au divorce

La question du divorce a fait l'objet d'une discussion tout aussi intéressante entre le gouvernement de coalition et l'opposition rouge, lors du débat parlementaire de février-mars 1865. Certains ont prétendu que la

67. *Id.*, p. 850.

68. Voir J. CAUCHON, *L'Union des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, 1865 (édition originale), p. 98s.

69. *Report of the Minister of Justice*, (1877) 10 Sess. Pap. n° 89, p. 340-342.

70. Voir les parag. 91 (26) et 92 (12) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra*, note 4.

compétence attribuée au fédéral limiterait dans le futur la possibilité d'utiliser la procédure de divorce. D'autres ont affirmé exactement le contraire !

Le point de vue du gouvernement a été défendu par le même député-ministre de Dorchester, Hector Langevin. Comme catholique, celui-ci affirma qu'il ne pouvait admettre la valeur morale du divorce. Toutefois, Langevin rappela que le pouvoir de légiférer sur cette question existait déjà dans les constitutions des différentes colonies. Ce pouvoir avait en outre été utilisé à bien des reprises, et il s'agissait maintenant de déterminer à quelle législature il devait appartenir. On avait convenu après mûre délibération de laisser à la législature centrale cette question, « croyant par là rendre moins facile une procédure qu'il était si facile d'exécuter jusqu'alors »⁷¹.

Le député libéral-conservateur de Montmorency, Joseph Cauchon, exprima un point de vue similaire :

Puisque le mal est nécessaire et s'impose, j'aime mieux le voir là qu'ici, là où il y aura des conséquences moins graves, parce qu'elles y seront plus gênées dans leur développement et, conséquemment, moins démoralisatrices et moins fatales⁷².

Le député rouge, Maurice Laframboise, était d'un avis tout à fait opposé. Selon lui, le choix de la Conférence de Québec ne pourrait avoir que l'effet d'introduire le divorce parmi les catholiques, le fédéral obtenant l'autorité de créer des tribunaux de divorce dans chaque province :

Mais on a ainsi accordé le divorce, parce que l'Angleterre, qui a établi un tribunal spécial pour décréter sur cette matière voulait qu'il fût accordé dans le Bas-Canada aussi bien que dans n'importe quelle autre province anglaise de l'Amérique britannique du Nord. Nos ministres bas-canadiens ont simplement cédé à l'influence britannique, qui a eu ses franchises coudées dans la convention⁷³.

Selon le chef de l'opposition, A.-A. Dorion, il eût possible d'écarter complètement la possibilité du divorce, en attribuant cette question à la législature de Québec, dominée par les catholiques⁷⁴.

71. *Débats parlementaires sur la question de la confédération*, *supra*, note 21, p. 396.

72. *Id.*, p. 584. Voir aussi J. CAUCHON, *supra*, note 68, p. 96-97. Il est à noter qu'un groupe de députés favorables à la Confédération s'est rendu à Rome défendre le même point de vue devant des théologiens. Voir J.-C. BONENFANT, *supra*, note 17, p. 33-34. Selon ce dernier, l'attribution au fédéral de la compétence sur le mariage et le divorce s'explique par le fait que le Bas-Canada français et catholique aurait exigé que l'on apporte une telle exception à la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils. Il serait plus juste de dire que les groupes politiques dominants à l'époque au Québec se sont montrés favorables à une telle mesure. En effet, l'opinion contraire, appuyant une compétence provinciale intégrale, était aussi fort bien représentée dans les milieux politiques, comme nous le rapportons dans le texte.

73. *Débats parlementaires sur la question de la confédération*, *supra*, note 21, p. 850. Voir aussi p. 694 (A.-A. Dorion).

74. *Id.*, p. 694.

Deux interventions favorables à la position gouvernementale soulèveront plus particulièrement la question des droits des minorités catholique du Haut-Canada et protestante du Bas-Canada. Ainsi, le député libéral-conservateur de Vaudreuil, Antoine Chartier de Lotbinière Harwood, laissa entendre qu'avec une compétence provinciale les « co-religionnaires catholiques minoritaires des autres provinces » auraient pu faire face à des mesures (provinciales) encore moins adaptées à leur convictions⁷⁵. À Ottawa, les députés catholiques, alliés à une partie de leurs collègues protestants, seraient en mesure de faire échec à l'adoption d'une véritable législation sur le divorce. Par ailleurs, selon John Scoble, député d'Elgin ouest (Haut-Canada), une compétence fédérale permettrait à ceux qui le voudraient de recourir au divorce, sans que cela ne brime les convictions des autres :

Mais, quant à l'état ou au gouvernement civil du pays, les protestants en général ne considèrent le mariage que comme un contrat, dissoluble en certains cas. (Écoutez !). Cette opinion ne doit blesser ni le jugement ni la conscience de nos amis les catholiques, car elle n'affectera ni ne changera en rien la forme ou la continuité de leurs liens matrimoniaux ; et à nous, protestants de cette province, ils accorderont sûrement cette liberté de conscience dont ils jouissent eux-mêmes à l'égard de l'institution du mariage. (Écoutez ! écoutez !)⁷⁶.

Si l'on fait la synthèse des différentes interventions, il nous apparaît qu'une volonté de protéger les droits de chaque confession religieuse a inspiré les députés canadiens⁷⁷. Pour les catholiques du Bas-Canada l'aménagement constitutionnel optimal aurait certes été d'interdire carrément le divorce, comme cela s'est fait dans la Constitution irlandaise de 1937. Mais une interdiction du divorce aurait pu aussi être édictée au Québec si la compétence en la matière avait été confiée aux provinces. Les protestants du Bas-Canada craignaient cette possibilité. Aussi, par compromis et parce que les protestants tenaient fermement à ce qu'ils considéraient comme un droit, les représentants de la majorité gouvernementale au Bas-Canada ont accepté, avec l'appui des évêques catholiques⁷⁸, que cette compétence soit plutôt confiée à Ottawa. Ils ont en pratique permis de recourir à cette procédure spéciale qu'est l'adoption d'un projet de loi privé⁷⁹. Et ils ont préféré voir Ottawa s'occuper des demandes...

75. *Id.*, p. 835.

76. *Id.*, p. 912.

77. Cette idée est exprimée de différentes façons dans I. BUSHNELL, « Family Law and the Constitution », (1978) 1 *Can. J. Fam. L.*, 202, p. 212 ; F. CHEVRETTE et H. MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, P.U.M., 1982, p. 656-657 ; et M. OUELLETTE, *Droit de la famille*, Montréal, Les Éditions Thémis Inc., 1984, p. 5.

78. G.-É. Cartier, *Débats de la Chambre des Communes*, 1870, p. 678.

79. Sur l'historique (et les désavantages) du divorce parlementaire, voir J.P. SÉNÉCAL, *Droit de la famille québécois*, Farnham, Les Publications CCH/FM, tome 1, p. 2721s.

3.2. Le contexte contemporain

Les dangers auxquels voulaient parer les Pères de la Confédération en confiant au fédéral le mariage et le divorce sont aujourd'hui disparus. En particulier, dans le Québec et le Canada contemporains, l'idée d'interdire le divorce — ou d'en restreindre l'accès — pour des raisons religieuses est très peu présente⁸⁰. Et si jamais une intention de ce genre redevenait à la mode, elle serait inadmissible aux termes de la Charte canadienne. En effet, celle-ci non seulement garantit la « liberté de conscience et de religion », mais elle prohibe aussi la discrimination fondée sur la religion⁸¹. On sait d'ailleurs qu'une législation qui serait passée dans le but de porter atteinte à un droit de la Charte serait particulièrement vulnérable⁸².

La présence dans la liste fédérale du titre de compétence relatif au mariage et au divorce est devenue inutile, voir nuisible.

D'abord, le fédéral n'a pratiquement pas légiféré sur le mariage, laissant pour l'essentiel le droit préconfédératif gouverner la question⁸³. Il n'en reste pas moins que la ligne de démarcation entre la compétence fédérale sur le mariage et les compétences provinciales sur la célébration du mariage et sur le droit privé en général soulève des questions artificielles, qui sont presque destinées à recevoir des réponses boiteuses⁸⁴. Depuis qu'il fut jugé que les provinces peuvent édicter des sanctions afférentes à la célébration qui affectent la validité même du mariage⁸⁵, la compétence fédérale sur les conditions de fond ne protège pas vraiment contre d'éventuels excès religieux.

Ensuite, une remise aux provinces de l'entière compétence relativement au mariage et au divorce permettrait de respecter la dualité des systèmes de droit privé au Canada⁸⁶. Dans le cas du Québec, l'intégrité et la

80. Dans J. RHÉAUME, *Droit et libertés de la personne et de la famille*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1990, p. 249s, l'auteur s'attaque au divorce et invoque les droits fondamentaux. En principe cependant, le divorce ne peut contrevenir à la Charte canadienne puisque la même Constitution prévoit l'un et l'autre. Voir le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, (1987) 1 R.C.S. 1148.

81. Art. 2a) et 15 (1) de la Charte canadienne.

82. *Supra*, note 47.

83. Voir F. JORDAN, « The Federal Divorce Act (1968) and the Constitution », (1968) 14 *Mc Gill L.J.* 209, p. 218 ; et, aujourd'hui, la *Loi sur le mariage (degrés prohibés)*, L.C. 1990, c. 46.

84. Voir par exemple les cas discutés par P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1985, p. 535-536 et 541.

85. *Renvoi relatif aux lois sur le mariage*, (1912) A.C. 880.

86. L'objection que faisait A.-A. Dorion tient encore aujourd'hui : « La question du mariage est intimement liée à une grande partie de notre code et de nos droits civils » : *Débats parlementaires sur la question de la confédération*, *supra*, note 21, p. 693.

cohérence de son système civiliste en matière familiale pourraient être rétablies. Le Québec pourrait proclamer en vigueur le régime intégré qui a été conçu dans le nouveau Code civil⁸⁷. À cet égard, l'Office de révision du Code civil avait affirmé dans son rapport qu'il lui fallait faire abstraction du problème constitutionnel afin de présenter un projet de code complet, donnant une vue d'ensemble du droit de la famille de l'avenir : « on ne peut concevoir une véritable réforme du droit familial sans se faire une idée globale de la matière et sans en coordonner toutes les composantes »⁸⁸. Il n'est pas sans intérêt de noter que les dispositions du *Code civil du Québec* portant sur le divorce sont fort libérales et correspondent aux valeurs d'une société pluraliste.

Enfin, la législation fédérale sur le mariage et sur le divorce pourrait survivre à un transfert de compétence aux provinces, comme nous l'avons expliqué à propos du droit criminel. Les problèmes de partage des compétences qui se sont posés dans ce secteur et ceux qui sont destinés à être posés dans l'avenir paraissent beaucoup plus ardues — et leurs solutions beaucoup plus imprévisibles — que les questions de droit international privé qui les remplaceraient⁸⁹. Ici aussi, l'exemple américain pourrait nous inspirer : une clause constitutionnelle pourrait obliger de reconnaître partout au pays les mariages et les divorces proclamés en vertu des lois d'une province⁹⁰.

4. Les cas où la Charte canadienne est inapplicable

D'autres compétences législatives ont été confiées à Ottawa en raison de facteurs liés aux droits et libertés. Mais dans la mesure où la Charte canadienne est inapplicable aux matières concernées, on ne peut invoquer son édicition pour légitimer une remise de ces compétences aux provinces. C'est le cas des pouvoirs fédéraux en matière d'éducation octroyés par les paragraphes 93(3) et (4) de la Loi de 1867. La Charte canadienne a été jugée inapplicable aux droits religieux particuliers qui peuvent découler de l'ex-

87. Le *Code civil du Québec* adopté en partie en 1980 comporte des dispositions sur le mariage et le divorce qui empiètent clairement sur la compétence fédérale. Ces dispositions n'entreront pas en vigueur avant que la Constitution ne soit modifiée de manière à confier au Québec une compétence exclusive sur ces matières : L.Q. 1980, c. 39, art. 80.

88. Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, Québec, Éditeur officiel, 1977, p. 113.

89. Cela ressort du traitement détaillé que réserve Hogg au partage des compétences dans ce domaine (*supra*, note 84, p. 535-549) ; mais cet auteur semble favorable à la compétence fédérale pour des raisons de droit international privé (p. 533-534).

90. Sur l'effet de la clause de *Full Faith and Credit* de la Constitution américaine (art. 4, sect. 1), voir H.H. FOSTER, « Divorce », dans *The Guide to American Law*, St-Paul, West Publishing Co., 1984, vol. 4, p. 156.

exercice de la compétence provinciale prévue à l'article 93⁹¹ ; s'il fallait abolir les droits de regard fédéraux que cette disposition comporte, il faudrait le faire de manière à ce que la protection de la Charte canadienne les remplace incontestablement. Il en va de même de la compétence fédérale relative aux Indiens et aux terres réservées pour les Indiens⁹².

D'une manière plus générale, la Charte canadienne n'est pas applicable aux lois provinciales pour lesquelles une dérogation expresse fut faite sous le régime de l'article 33. Il s'agit toutefois d'une situation exceptionnelle, qui ne devrait pas influencer sur la façon dont l'équilibre fédératif doit être rétabli. D'une part, en effet, les conditions d'exercice du pouvoir de dérogation évitent qu'il soit utilisé à la légère : la dérogation doit être expressément indiquée dans chaque loi et doit être expressément renouvelée au moins tous les cinq ans. D'autre part, comme l'a démontré l'épisode de la « Loi 178 » sur l'affichage en français au Québec, la responsabilité politique de recourir à la dérogation est tellement grande qu'elle ne voudra se manifester qu'exceptionnellement⁹³. Par ailleurs, ce ne sont pas tous les droits de la Charte canadienne qui sont sujets à dérogation, mais seulement ceux que prévoient les articles 2 et 7 à 15. Au surplus, nous avons vu que les tribunaux sont en mesure de déduire une « déclaration des droits implicite » dans la Constitution, indépendamment de la Charte canadienne ; et face à cette déclaration, les possibilités de dérogation sont inexistantes⁹⁴.

Conclusion

L'évolution constitutionnelle qui s'est produite au Canada dans la dernière décennie paraît emprunter certaines facettes du système des États-Unis. Sur deux plans cruciaux, cette évolution tend résolument vers un fédéralisme plus centralisé : l'enchâssement dans la Constitution en 1982 de la Charte des droits, d'une part, et l'adoption par la Cour suprême de l'approche « fonctionnelle » du partage des compétences, d'autre part. L'idée que nous avons voulu développer ici, c'est que s'il faut emprunter à

91. *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, *supra*, note 80, p. 1197-1198 et 1205-1209.

92. Voir *id.*, p. 1206.

93. La dérogation systématique à laquelle avait recouru le gouvernement du Parti québécois tenait à un contexte politique particulier, où le Québec venait de refuser la Constitution de 1982. Les perspectives évoquées dans le texte se situent plutôt dans l'hypothèse d'une Constitution rééquilibrée que tous les partenaires auraient acceptée.

94. Voir l'arrêt *SEFPO, c. Ontario (procureur général)*, *supra*, note 31. La théorie de la déclaration des droits implicite semble toutefois conçue pour viser primordialement des droits démocratiques qui, de toute façon, ne sont pas sujets à dérogation aux termes de la Charte canadienne.

d'autres, empruntons de manière plus équilibrée. Il est indéfendable de prétendre servir le fédéralisme au Canada en adoptant de nos voisins du sud seulement les éléments qui centralisent le pays, seulement ceux qui font l'affaire d'une des parties au pacte de 1867. Si les forces compensatrices qui existent dans la Constitution américaine — comme les compétences décentralisées que nous avons évoquées — ne nous conviennent pas, nous devrions laisser de côté aussi les éléments centralisateurs que ces forces servent à rendre acceptables.

La remise aux provinces canadiennes de la compétence législative relativement au droit criminel, à la procédure en matière criminelle, aux pénitenciers, au mariage et au divorce comporterait quelques inconvénients. Elle ne serait pas une panacée. Mais si elle reste inimaginable ou impensable dans le Canada d'aujourd'hui, c'est signe que nous ne sommes pas prêts à accepter de vivre dans une véritable fédération. Pour les Pères de la Confédération du siècle dernier et pour les décideurs canadiens d'aujourd'hui, le modèle américain n'aura servi qu'à centraliser. Dans plusieurs autres aspects de la politique canadienne, pareilles attitudes et conceptions anti-fédératives transparaissent, et elles constituent à notre point de vue le plus puissant facteur qui mène le pays à l'éclatement.